

O DIREITO COMO PRESSUPOSTO DO HORIZONTE LITERÁRIO: UMA NOVA COMPREENSÃO DA REALIDADE JURÍDICA

Leonel Severo Rocha¹

Júlia Francieli Neves Oliveira²

Resumo

Neste artigo, pretende-se desenvolver uma reflexão da importância da literatura no direito de família a partir das narrativas de Sartre e da teoria dos sistemas. O método da pesquisa é teórico sistêmico que se dá pela abordagem sociológica, tanto conceitual quanto empírica dos sistemas jurídicos. O objetivo sempre foi buscar a conexão sistêmica entre a comunicação social, o direito e a literatura, observando as redes que geram relações familiares, que são emotivas e por isso extremamente complexas e ressignificadas. A pesquisa mostra como resultante que o sentido não pode ser restrito de forma analítica a legislação crua, mas cognitivamente abertos à pragmática decisória dos contextos fáticos, perante a instituição do imaginário coletivo. As considerações finais apontam para a possibilidade, por meio da literatura, que setores sociais percebam situações políticas, filosóficas e inclusive de autonomia, nunca vivenciadas. Assim o sistema social força o Estado a incluir a afetividade como fonte da normatividade, inspirada pela literatura de Sartre, perante o Muro das expectativas comportamentais, institucionalizando, por exemplo, o reconhecimento das novas constituições familiares se modifica de acordo com a realidade atual.

Palavras-chave: Autonomia social; Direito de família; literatura; teoria dos sistemas; Violência simbólica.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretende-se desenvolver a conexão entre sociedade, direito e literatura, baseando-se na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann. Com isso, pretende-se trazer uma nova forma de observação da ciência do direito, calcando-se no uso da teoria literária. A Teoria dos Sistemas trabalha com a ideia de sistemas autopoieticos, assim chamados por serem operativamente fechados e cognitivamente abertos. Esta

¹ Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito. Pós-Doutor em Sociologia do Direito (Università degli Studi di Lecce/Itália). Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pesquisador II do CNPq. Associado Honorário e Ex-Presidente do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). E-mail: leonel.rocha@icloud.com

² Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Bolsista em Pesquisa do CNPq. Este texto faz parte do projeto financiado pelo CNPq, intitulado Teoria do Direito e Diferenciação Social na América Latina E-mail: julianeves15@hotmail.com

concepção surgiu a fim de criar certos sentidos em uma sociedade complexa.

Segundo Niklas Luhmann, a partir da Teoria, pode-se observar a sociedade moderna desde uma visão que operacionaliza o sentido por meio de conceitos, como os de fechamento operacional, função, codificação/programação, diferenciação funcional, acoplamento estrutural e evolução (LUHMANN, 2002). Então para enfrentar questões complexas, como o direito pode propiciar conexões literárias, à realidade jurídica no direito de família pelo sistema jurídico, recorre-se à Teoria dos Sistemas. O sistema seria um conjunto de partes diversas que constituem um todo organizado (ROCHA, 2004).

Como sistema social maior temos a sociedade e dentro desta temos, entre outros, o sistema jurídico, sistema político, sistema econômico. Cada um destes sistemas é funcionalmente diferenciado e fornecem critérios de identificação para suas respectivas áreas. Assim, cada um possui seus próprios elementos, e a relação de elementos dentro destes sistemas aparece estruturada, a fim de reduzir a complexidade (GARCIA, 2004).

Os acoplamentos psíquicos com o texto jurídico rendem frustrações nem sempre explicadas e/ou abordadas pelos métodos de abordagem do direito, resultando em movimentos quase sempre paradoxais. Tem-se, assim, um quadro de inaptidão e desapontamento, tanto da ciência jurídica como das pessoas, em relação ao simbolismo que o direito representa na sociedade moderna e em grande parte, ao abandono da humanidade no direito, ou, como bem assevera Warat, à profanação do sagrado feita pelos operadores jurídicos hodiernos (WARAT, 1992).

O Direito passa a funcionar, segundo Ost, num tempo distanciado do tempo social, repetindo e entronizando o passado, esquecendo, dessa forma, de seu papel maior: a construção do futuro (OST, 1999). Para tanto, a questão proposta é: O direito pode assumir como pressuposto o horizonte literário, propiciando a compreensão da realidade jurídica aportada sob um aspecto ficcional que instiga a reflexão, imaginação e um olhar sobre si mesmo enquanto realidade carente de completude?

Desta forma será realizado um estudo a partir da observação da ciência do direito, calcando-se no uso da teoria literária. A sociedade se caracteriza pela diferenciação funcional, neste momento surgem os principais sistemas sociais, entre eles o Direito. Essa forma de comunicação social das diferenças altera a concepção de intimidade, ampliando a diversidade da produção das fontes de sentido do Direito, que gera conflitos no âmbito familiar, dificultando seu fechamento operacional.

Diante destas irritações do ambiente, advindas pelos comportamentos sociais, foram institucionalizados pelo sistema jurídico, ultrapassaram o limite do sistema jurídico e estão sendo operacionalizados por ele. Isso se dá pelo caráter autopoietico do sistema, que reduz a complexidade do meio, mas aumenta a complexidade interna e por isso deve fechar para se estruturar e reduzir a complexidade novamente. A redução em um segundo plano da complexidade pelo sistema jurídico, ocorre no poder judiciário, que é uma organização do sistema Jurídico, e para

isso recorre-se a sua própria estrutura.

Contudo as dimensões amorosas na globalização adquirem também um aspecto mais amplo e assim são cada vez mais constitutivas de demandas familiares pela evolução do Direito, originando novos vínculos jurídicos nessas relações, e novas formas de solução de conflitos podendo ser ampliadas por meio da teoria dos sistemas.

Nesse sentido, o estudo procurará seguir uma abordagem de caráter sociológico. A fim de desenvolver a análise na perspectiva acima referida, será adotado um modelo teórico baseado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Esse modelo mostra-se especialmente atraente pelo fato de seu autor ter por preocupação teórica a formulação de uma teoria geral da sociedade, capaz de compreender todos os fenômenos sociais inclusive aqueles relacionados ao Direito. Desse modo, como se poderá perceber no decorrer deste artigo, o direito de família reagiu positivamente às mudanças estruturais da sociedade.

Para enfrentar o tema em questão, o artigo apresenta-se dividido em três enfoques. Inicialmente, se investiga a relação da literatura com a filosofia à narrativa do existencialismo de Sartre. Em um segundo momento realiza-se um estudo observando de que forma a teoria sistêmica auxiliaria a comunicação da jurisdição tradicional a partir da análise sobre a evolução social como meio de comunicação e sua conexão com Direito e Literatura. A terceira parte realiza-se a importância da conexão entre direito de família e a literatura como meio de comunicação simbolicamente generalizado e a sua relação com o Direito, preparando suas estruturas dogmáticas para a realidade atual sob a perspectiva da justiça discursiva policontextual.

A metodologia a ser utilizada é a matriz teórica sistêmica que se dá pela abordagem sociológica, tanto conceitual quanto empírica dos sistemas jurídicos. A observação da sociedade enquanto sistema apresenta vantagens porque permite a análise da sua complexidade por meio da reconstrução do saber jurídico e da práxis judicial, de um ponto de vista interdisciplinar, para o enfrentamento das incertezas da sociedade contemporânea em uma perspectiva evolutiva e construtiva.

LITERATURA X FILOSOFIA: O CONTO DE SARTRE “O MURO”

Este estudo advém da reflexão da relação da intimidade nos relacionamentos a partir da literatura de Sartre, que ilustra uma teoria filosófica existencialista e cria atmosferas tensas de extremo limite. Escrita às vésperas da Segunda Guerra Mundial, as cinco narrativas de ‘O muro’ buscam refletir a perplexidade do homem frente a um mundo em convulsão. Nesse momento, quando as circunstâncias parecem carregar todos ao mais fundo individualismo, Sartre levanta questões que apelam à consciência política e filosófica.

Nesse sentido, Jean-Paul Sartre foi um filósofo que se propôs a fazer filosofia também a partir da literatura, o que fez dele um dos maiores escritores do século XX. Ele se preocupava em tratar nas suas obras

literárias sobre temas de sua filosofia, ou seja, questões fundamentais da condição humana, trazendo de certo modo para a prática dos personagens reflexões e situações existenciais.

O “O Muro” é um dos contos de autoria de Jean-Paul Sartre, que tem uma característica bem perceptível na sua obra, trazer à tona situações que forcem seus personagens a se questionarem profundamente, ou seja, momentos que exijam uma reflexão dos valores do ser que ali se encontra. O existencialismo é bem latente em todos os seus contos.

Este conto nos remete a uma observação fundamental no decorrer dos contos, a presença de um “muro” que envolve os enredos. Essa metáfora é maravilhosamente construída no texto. De fato, ao longo de nossa vida volátil, somos cercados por “muros” que nos impedem de ver certas verdades, desmascarando, por outro lado, nossas infinitas limitações, a contestação no limiar existencialista. Esses “muros” são muitas vezes representados por diversas formas, no qual Sartre nos fez a honra de criar e nos mostrar que precisamos esbarrar nesses obstáculos para poder transpassar esse “muro” para evolução.

Assim, o conto “O Muro” demonstra detalhadamente as últimas horas de três condenados, que tem como personagem principal e narrador Pablo Ibbieta, republicano espanhol que, ao ser preso e condenado à morte com mais duas pessoas, começa a refletir e ter sentimentos que até então não havia tido, se contestam diante de suas execuções iminentes. É um encontro entre vida e morte, a contestação da vida e aceitação da morte. Isto é perceptível pela escrita do autor: “Mas algo me irritava: eu nunca pensara na morte porque a ocasião nunca se apresentara; agora, porém, a ocasião tinha chegado e não havia outra coisa a se fazer senão pensar nela” (SARTRE, 1966, p. 13).

No termo de suas vidas, os homens perguntam-se do significado de tudo o que fizeram, de qual era a valia da subversão de suas vidas. O personagem principal percebe-se indiferente a tudo, ignora seu passado e sua mulher e perde os sentimentos. Mas quando lhe pedem para entregar o seu líder, ele nega-se e reconhece depois não haver nenhum sentido para aquela negativa, salvo a obstinação.

Na trama, após receberem a sentença de morte, um médico foi mandado para acompanhar a última noite dos três naquele porão e, assim, Pablo Ibbieta reflete: “Ia continuar, mas de súbito aconteceu algo que me surpreendeu: a presença daquele médico cessou bruscamente de me interessar. Geralmente, quando pego um homem, não o largoo mais. Entretanto, o desejo de conversar me abandonou; sacudi os ombros e desviei os olhos”. (SARTRE, 1966, p. 15)

No trecho do conto de Sartre acima citado pode-se dizer que ocorreu esse tipo de experiência. Ibbieta parece se desprender da realidade em suas reflexões de um homem condenado à morte preso num porão de hospital; seria o acontecer da angústia. O personagem então começa a descrever certas características físicas e mentais que reforçam a experiência sentida, como por exemplo, o corpo todo suado em pleno inverno, deixando-

o todo molhado sem que Pablo houvesse sentido; bem como, ao pensar em esbofetear o médico, reflete Ibbieta que: “[...] minha vergonha e minha cólera desapareceram; caí sobre o banco com indiferença” (SARTRE, 1966, p. 16).

De fato, não houve um simples desaparecer das coisas, para Sartre, no conto “O Muro”, Ibbieta, realiza um afastar-se do ente. O peso inominado que o esmagou após observar a luz do lampião, que não era medo nem o pensamento de morte, aparece como esse voltar-se das coisas para o ser na experiência da angústia.

Desse modo, pode-se identificar em tal trecho um apontar para angústia, uma vez que, preso em um porão de hospital e ciente do fuzilamento na manhã seguinte, Pablo se sente estranho e começa a perceber de forma diferente as coisas a sua volta. Ora, algo de súbito lhe surpreendeu e o fez se desinteressar por algo que normalmente lhe era interessante. Começa aí o abandono pelo interesse no ente que, trechos depois se evidenciam quando Ibbieta revela que:

Olhei durante algum tempo o disco de luz que o lampião projetava no teto e fiquei fascinado. Depois, bruscamente, voltei a mim, a roda luminosa desapareceu e me senti esmagado de um peso enorme. Não era o pensamento da morte, nem o medo; era uma coisa sem nome. As faces queimavam e sentia uma dor na cabeça. (SARTRE, 1966, p. 15).

Um dos conceitos fundamentais da filosofia existencialista sartriana é o de liberdade, uma vez que, para o filósofo, o homem está condenado a ser livre e toda a sua existência decorre desta condição. Assim, segundo Sartre frente a uma decisão, o homem percebe o seu total *desamparo*, já que não há nada que possa salvá-lo da tarefa de escolher; em suma, nada pode salvá-lo de si mesmo.

Nesse sentido, para estar consciente dos entes enquanto entes é necessário se desprender deles e perceber o que falta, o não aí, o nada; ou seja, seria através da disposição de humor da angústia que se transcende dos entes particulares para o mundo puro, em sua totalidade (INWOOD, 2002, p. 124).

Desse modo, o ser humano, fundamentando-se na sua estrita liberdade, vê-se a todo instante compelido a se inventar, posto que são suas escolhas que constroem a sua essência. Diante desta condição, cabe somente a ele estabelecer, através de suas ações concretas, os critérios que servirão de norte para as suas decisões.

Segundo Sartre o que se poderia chamar de moralidade cotidiana exclui a angústia ética. Há angústia ética quando me considero em minha relação original com os valores. Estes, com efeito, são exigências que reclamam um fundamento. Mas fundamento que não poderia ser de modo algum o ser, pois todo valor que fundamentasse a sua natureza ideal sobre seu próprio ser deixaria por isso de ser valor e realizaria a heteronomia de minha vontade. Daí que minha liberdade é o único fundamento dos valores e nada, absolutamente nada, justifica minha adoção dessa ou daquela escala de valores (SARTRE, 1998). Visto que a escolha é ao mesmo tempo afirmação do valor daquilo que se escolhe, trazendo consigo, assim, o peso da responsabilidade, não só por nós, mas por toda a humanidade.

Desta forma, o personagem Ibbieta do conto de Sartre, parece escoar do ente; suas concepções se afastam, seus desejos intramundanos desaparecem, é como o ir desprendendo-se do mundo e, portanto, revelar o Nada, reforçando ainda mais seu estado de indiferença quanto a tudo; alega não possuir mais amarras com o mundo, que estava calmo, mas:

Era, porém, uma calma horrível – por causa do corpo; enxergava com seus olhos, ouvia com seus ouvidos, mas não era mais eu; ele suave e tremia sozinho e não o reconhecia. Fui obrigado a tocá-lo e a olhá-lo para saber o que tinha acontecido com ele como se fosse corpo de outro. Sentia-o ainda por momentos, sentia como escorregamentos, uma espécie de queda, [...]. (SARTRE, 1966, p. 25).

Quando Sartre diz que “nada pode ser bom para nós sem que o seja para todos”, ele quer dizer, precisamente, que ao escolhermos algo, estamos optando por uma alternativa que, dentro das condições de existência nas quais estamos inseridos, seria a melhor opção e, por ser a melhor, todos também poderiam optar pela mesma. Assim, ao escolher algo, o homem cria um modelo de homem que outros podem seguir; daí a sua responsabilidade diante da humanidade.

O existencialismo de Sartre, ao contrário das filosofias contemplativas, caracteriza-se por ser uma doutrina de ação, colocando sempre o compromisso como fator indispensável para a existência humana, uma vez que, sem compromisso, não há projeto de ser e, sem projeto de ser, o homem torna-se incapaz de conferir qualquer sentido à existência. Se a intencionalidade é a característica fundamental da consciência, ser livre é engajar-se, comprometer-se e, enfim, responsabilizar-se (SARTRE, 1998).

O homem é livre porque não é si mesmo, mas a presença a si. O ser que é o que é não poderia ser livre. A liberdade é precisamente o nada que tendo sido no âmago do homem e obriga a realidade humana a fazer-se em vez de ser. (SARTRE, 1998, p. 782).

Diante dessa constante tarefa de fazer-se, do desamparo, da falta de fundamentos prontos e da responsabilidade que carrega diante de si e da humanidade, a liberdade traz ao sujeito a angústia existencial, a qual emerge no momento da decisão. Angustia-se, pois não é capaz de alterar as condições de existência que se lhe apresentam, tendo de escolher, por vezes, entre o ruim e o pior e tendo de arcar com as consequências dessa escolha; mais que isso, também não é capaz de não realizar essa escolha; e por fim, tem a incontornável tarefa de buscar, em sua subjetividade imanente, ou seja, na sua pura liberdade, os princípios que regerão sua escolha; isto é, terá de estar diante de seu próprio *nada*; eis o princípio da angústia.

Portanto, denota-se que não há nada que possa eximir o homem da sua condição de ser livre e, conseqüentemente, da sua condição de responsabilidade diante de seus atos. Barreiras psicológicas, históricas ou socioeconômicas não são capazes de ofuscar a liberdade a qual Sartre se refere, pois estas nada mais são do que as condições de existência que possibilitam fazer escolhas, sem tais condições, a escolha seria impossível; mais do que isso: toda a existência seria impossível.

Toda condição é, por sua natureza, uma limitação; contudo, é também o que possibilita a existência de

algo. Logo, para que a liberdade exista, é necessário que existam as condições que possibilitem a sua existência, isto é, que possibilitem o ato da escolher, mas que também, por outro lado e ao mesmo tempo, limitem as possibilidades dessa escolha.

Nesse sentido, o reconhecimento de que vivemos na era global em sociedades multiculturais, compostas de uma pluralidade de identidades, instiga a reflexão a respeito das dificuldades de sustentar a importância da subjetividade para o Direito. Entendida aqui, como constituída por questões particulares que percorrem e transformam permanentemente a vida privada de cada indivíduo, como é o caso das novas constituições familiares, que são simbolicamente atribuídas pela co-evolução sistêmica.

DIREITO X LITERATURA: A EVOLUÇÃO SOCIAL COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO

Para se compreender a modernização da sociedade, é importante lembrar que, a sociedade é o sistema que contém todas as comunicações e, conseqüentemente, todos os sistemas que se valem de comunicações. Nesse sentido o Direito atravessa outra fase teórica, o avanço para a discussão a respeito da racionalidade do Direito e da sociedade, que segundo Luhmann, pode ser chamado de autopoietica, devido às concepções de risco e de paradoxo.

É caracterizada pela complexidade da dupla contingência, ou seja, problemas que ocorrem quando se deve esperar a conduta de outra pessoa. Na sociedade complexa, a categoria do risco, torna-se um elemento decisivo: é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão (LUHMANN, 1983, p. 12).

O risco vem acompanhado da reflexão sobre a “segurança”. Nesta ótica, Luhmann prefere colocar o risco em oposição ao “perigo”, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), que não permite mais se falar de decisão segura. A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo em que não cessa de produzi-las. Isso gera um paradoxo na comunicação. Por isso, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade, centrada no postulado de que o risco é umas das categorias fundamentais para a sua observação (LUHMANN, 1993, p.58).

Na teoria sistêmica e na sociedade do terceiro milênio, vivencia-se então o chamado sistema social hipercomplexo, ou seja, a possibilidade de recorrer-se a diferentes sistemas, para o enfrentamento de questões específicas. As decisões não dependem somente dos indivíduos, mas das organizações, pois estas têm a função de tomar decisões a partir de cada sistema (ROCHA, 2013, p.43).

Na atual forma da sociedade, com a presença permanente do risco, percebe-se o inevitável paradoxo, impõe-se colocando a importância de uma nova racionalidade para a tomada das decisões nas sociedades complexas, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica, que desbloqueiam a comunicação jurídica. Nessa ordem de raciocínio, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova forma de sociedade, centrada no postulado de que a complexidade é uma das categorias fundamentais para a sua observação. Nota-se a necessidade de uma transformação da política e do Direito (ROCHA, 2013, p.44).

Ressalta-se que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é formulada não a partir de identidades (em torno do problema do ser), mas, ao contrário, com base em diferenças. Em seu plano mais abstrato, as diferenças utilizadas pela teoria luhmanniana podem ser reconduzidas ao par sistema/ambiente, em que o sistema se caracteriza por sua recursividade, ou seja, pela capacidade de reutilizar a mesma diferença sistema/ambiente dentro de si, a fim de realizar suas operações. De acordo com essa teoria, a sociedade, de modo geral, e o Direito, de modo específico, devem ser entendidos como sistemas, os quais se reproduzem por meio das diferenças informação/ato de comunicação/entendimento, no caso da sociedade, e lícito/ilícito, no caso do sistema jurídico. É por meio da aplicação recursiva dessas diferenças que a sociedade e o Direito modificam-se a si próprios, em conformidade com suas próprias estruturas (LUHMANN, 1993).

A hipótese que serve de premissa a este estudo é a afirmação de que a teoria da norma jurídica, na condição de observação do Direito realizada pelo próprio sistema jurídico, reflete as modificações estruturais por que passa o Direito e a sociedade. Essa afirmação decorre da aceitação de duas premissas: em primeiro lugar, o sistema jurídico, utilizando de forma recursiva sua diferença específica seu código binário. Qual seja, o par lícito/ilícito, é capaz de descrever a si próprio e a suas alterações estruturais; em segundo lugar, ainda que existam, no sistema jurídico, uma pluralidade de formas de auto-observação, o papel de descrição do sistema em seu nível mais geral e abstrato é exercido pela teoria do direito que, inclui a teoria da norma jurídica (LUHMANN, 1983).

Denota-se que as estruturas sociais são expectativas que direcionam a reprodução das comunicações, possibilitando a continuidade da existência de sistemas sociais. Se os sistemas sociais³ são a reprodução constante de comunicações, que são, para tais sistemas, seus elementos (também referidos como suas operações), as estruturas sociais são simplificações que direcionam o processo reprodutivo ao reduzir infinitas possibilidades a apenas duas hipóteses: confirmação da expectativa ou frustração da expectativa. Assim, por exemplo, a expectativa social de que, ocorram determinadas modificações na estrutura social como a modernização da sociedade e a

³ Segundo Luhman, o termo “sistemas sociais” refere-se, genericamente, a todos os sistemas que processam sentido por meio de comunicações (em oposição, por exemplo, a sistemas psíquicos, que processam sentido por meio de consciência). Esse termo, portanto, não deve ser confundido com outros termos que nele estão compreendidos, tais como “sociedade” (sistema social mais abrangente, que inclui todas as comunicações e, portanto, todos os demais sistemas sociais) e “sistemas parciais” ou “subsistemas”

positivação do Direito (LUHMANN, 1993).

No plano da sociedade, o problema principal a ser analisado é a formação da sociedade moderna, mediante o processo de diferenciação funcional que se torna predominante a entre diferentes aspectos ou dimensões do sentido (LUHMANN, 1993). A partir do final do século XVIII e início do século XIX. Já no plano do Direito, a questão que se apresenta é o processo de positivação, que se desenvolve simultaneamente à diferenciação funcional da sociedade (em verdade, como se verá na sequência, modernização e positivação são diferentes aspectos de um mesmo fenômeno). Por fim, no plano da literatura no Direito, importa observar as diferenciações que passam a ser aplicadas.

Contudo, o sistema do direito enfrenta um grau de possibilidades muito maior do que aquelas efetivamente realizadas. Esse excesso de possibilidade é referido pela teoria dos sistemas como complexidade. A fim de lidar com sua alta complexidade interna, a sociedade cria estruturas e as ordena de acordo com determinados princípios. Esses princípios podem ser referidos como regras de diferenciações primárias da sociedade. As regras de diferenciação primárias da sociedade são as estruturas mais gerais do sistema, que determinam a forma como se criarão as demais estruturas sociais.

No momento em que o Estado, enquanto programador do Direito, deixa de ser o centro de organização da política e deixa de ser o fundamento único de validade da lei, o Judiciário, em vez de simplesmente aplicar a norma jurídica ou seja a programação condicional que caracteriza um sistema fechado. A legislação necessita recorrer às fundamentações extra estatais e tomando decisões de outro tipo, que é através da programação finalística que caracteriza um sistema aberto (ROCHA, 2013, p.44). Neste sentido, no momento que a normativamente do Direito de família passa a ter que cumprir com sua função social, ela passa a ser um princípio organizador da sociedade, produzindo uma outra comunicação, um outro sentido, que pode acoplar três sistemas (Jurídico, Político e Econômico). Entre estes cabe ao sistema Jurídico, por meio de decisões, regular os conflitos e, através destes, formar decisões, auto referências que reafirmem o sistema, todavia estas auto referências, muitas vezes sobrepõe normas sobre outras, fazendo com que algumas expectativas normativas resembram frustradas, não se aplicando em certos casos. Contudo pode-se aplicar o sistema aberto que seriam outras formas de decisão neste caso analisar-se-ia caso a caso de acordo com realidade familiar.

Assim, a tendência do Direito, em todas as áreas e principalmente no Direito de Família, que envolve o sentimento, é a de transformar o Judiciário em um sistema aberto, observando as suas consequências cognitivas, pois é preciso pensar na riqueza da alteridade. A complexidade da produção de sentido do Direito como paradoxo torna-se, assim, uma condição para a observação da comunicação do Direito, uma vez que esta constitui a

(sistemas sociais resultantes da diferenciação interna da sociedade, mediante a adoção de uma diferença específica, como, no caso do Direito, a diferença lícito/ilícito, já citada no corpo do texto, ou, no caso da Economia, a diferença ter/não ter).

capacidade da linguagem e da evolução social.

O motivo quem seja a evolução dele é a sobrevivência a complexidade, que cria constantemente novas possibilidades. Ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade, há o incremento dela. Com a família, isso não foi diferente, especialmente se pensarmos na diferenciação funcional do direito até chegarmos ao direito de família. Portanto, a diferenciação do sistema não significa decomposição de um todo em partes, mas significa dizer que cada subsistema tem seu próprio entorno. “Não existe uma gente externo que modifica, é o próprio sistema que por uma questão de sobrevivência no ambiente realiza essa diferenciação” (ROCHA, OLIVEIRA, SCHERBAUM, 2018, p. 91).

De acordo com a teoria dos sistemas, no caso do Direito, Luhmann não hesita em afirmar que a função desse sistema é a manutenção de expectativas de modo contra fático. Rejeita, assim, a concepção comum do Direito como instrumento de mudança social, isto é, de determinação de condutas. Para ele, em um ambiente tão complexo quanto a sociedade moderna, o sistema jurídico não é capaz de garantir, ao mesmo tempo, a motivação para a efetiva conduta dos indivíduos e a permanência de expectativas frustradas. Desse modo, o Direito abandona as primeiras (as condutas) e restringem-se as segundas (as expectativas), procurando determinar quais estruturas sociais prevalecem quando frustradas e quais devem ser substituídas uma vez que se verifiquem desvios (LUHMANN, 1993).

Entra-se na cultura pós-moderna, ou seja, no interior de uma sociedade que conseguiu neutralizar a apatia, o que fundamentava o impulso modernista, isto é, a mudança. Com a dissolução da crença e da verdade divina e suprema implantada pela sociedade, surgiu a institucionalização da dúvida. O processo de construção de identidade pessoal, que possui uma multiplicidade de papéis e valores que se oferecem ao indivíduo, já não se faz acompanhar por referentes orientadores.

Nesses termos, passa a exercer o papel de controle das expectativas das variações admissíveis dentro da sociedade, atuando como sistema imunológico social. No plano do Direito, a questão emergente é o processo de positivação por que passa o sistema jurídico. Positivação deve ser entendida como a transformação do Direito em Direito Positivo. A positividade implica, ainda, a formação do Direito como um subsistema funcional da sociedade moderna. Com efeito, o surgimento de processos específicos para a alteração jurídica das normas jurídicas exige a instituição de controle jurídico sobre os próprios atos jurídicos.

Em termos luhmannianos, os processos programantes causam a aplicação recursiva da diferença lícito/ilícito, por meio da qual a teoria dos sistemas identifica o Direito, aos atos do próprio sistema jurídico, dando origem ao controle, pelo sistema jurídico, de sua própria validade. Como referido no início desta seção, a aplicação recursiva de uma diferença em um dos lados dessa mesma diferença é o que caracteriza o conceito de sistema para Luhmann. Desse modo, com a positivação e somente com ela o Direito assume propriamente a

forma de um subsistema na sociedade (LUHMANN, 1993).

Traçando-se um paralelo com o positivismo jurídico kelseniano, a teoria dos sistemas autopoieticos revela, justamente na interlegalidade entre os textos literários e os textos jurídicos, a impossibilidade da interpretação única, da clausura cognitiva e da decisão correta. A ficção, desse modo, traduz realidade. Segundo Korfmann, tal visão de sociedade neutraliza acusações como a de que se concebe a ficção como algo que dá as costas ao mundo e, por isso, é classificada como atividade compensatória (KORFMANN, 2003). Portanto as ficções, então, refletem, antes de tudo, as condições que habilitam a realidade. Neste contexto a teoria autopoietica, a partir de uma licença literária, é, de fato, uma teoria autopoética, por conseguir dar um sentido palpável ao direito e à literatura.

A IMPORTÂNCIA DA CONEXÃO ENTRE DIREITO DE FAMÍLIA E A LITERATURA

A sociedade vem passando por inúmeras mudanças e transformações culturais e sociais. Junto aos benefícios trazidos pela modernidade ocorre também um aumento significativo de conflitos entre as pessoas. O poder judiciário encontra-se esgotado devido a grande demanda de litígios que são postos a sua apreciação. As pessoas não conseguem mais resolverem seus próprios problemas e buscam na justiça uma resposta ao conflito, que foi gerado muitas vezes pela falta de comunicação e compreensão. Nesse caso, se fará uma crítica, basicamente, desde François OST (2007; 2004; 1999) e Gunther TEUBNER (2005).

Na Grécia Antiga, para Ost, por exemplo, mitologicamente, o primeiro contato entre Direito e Literatura foi de rivalidade; os legistas, homens responsáveis por escrever e aplicar as leis, temiam a presença dos trágicos, pelo fato de sua arte os ameaçar, libertando a mente das pessoas. Para lhes garantir segurança, optaram por expulsar os trágicos e poetas das cidades “[...] sua arte corruptora que mistura o verdadeiro e o falso, faz ver os mesmos personagens ora grandes ora pequenos, evoca fantasmas e não se atém à distinção do bem e do mal” (OST, 2007, p. 10).

Posteriormente, passou-se a ser observada a semelhança que ambas as ciências possuíam, uma necessitando da outra, para chegarem a uma resposta em seus estudos, cuja função principal de ambas era regular e interferir na evolução social. Nesse sentido, surgem diversas correntes a partir de estudos sobre Direito e Literatura como por exemplo essas três: direito da literatura, direito como literatura e o direito na literatura.

Ao lado do direito da literatura, que estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos de escrita literária, distingue-se o direito como literatura, que aborda o discurso jurídico como os métodos da análise literária (é a abordagem dominante nos Estados Unidos), e por fim o direito na literatura, que é a perspectiva adotada no presente livro e que se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes

à ordem jurídica (OST, 2004, p. 48).

François Ost propõe, a partir de estudos de Direito e Literatura, uma renovação dos esquemas interpretativos do direito por meio de uma viagem às fontes do seu imaginário. É nesta jornada que o presente projeto toma assento para, na carona de Platão, afirmar a ordem jurídica inteira como "a mais excelente das tragédias". Se por um lado o Direito codifica a realidade, por outro a literatura libera os possíveis. Se o direito é o terreno da segurança, da certeza que é produzida pela pretensa completude da norma (sendo, apenas nos casos de omissão, dado ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, artigo 4º da LINDB), a literatura é o terreno da surpresa, do inesperado (OST, 2004).

Se o direito produz pessoa, a literatura produz personagem - e se desdobra no particular e no concreto, afastada do terreno da abstração normativa que caracteriza as prescrições jurídicas. Mas devemos fazer justiça à literatura, sugere Ost. De fato, se nela nada é impossível, resta ver se essa imersão no particular não é justamente o caminho mais curto para se chegar ao universal - proposta de toda norma jurídica (OST, 2004).

A obra refere-se, assim, a uma compreensão dialética das relações direito-literatura, na medida em que entre o 'tudo é possível' da ficção literária e o 'não debes' do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto. Nesta obra Ost pergunta "O que ganha o estudo do direito nesse confronto com o espaço literário?" (p.25). Certamente, a resposta não está no uso reduzido que se dá frequentemente à literatura, como reconhece Ost, nas sempre comuns citações literárias que pretendem dar uma ornamentação erudita ao discurso jurídico. Ou na utilização rasa de exemplos literários na tentativa de explicar teorias ou comprovar posições civilísticas. Suas funções são muito mais abrangentes (OST, 2004).

Nesse sentido, François Ost em sua obra *O tempo do Direito*, analisa a interessante relação dialética, que existe entre o direito e o tempo, através de recorrências à mitologia grega, à filosofia e às ciências sociais e políticas. O estudo do autor é com base na observação de quatro categorias de tempo normativos e temporais: Contudo o primeiro e o segundo são do lado passado. O primeiro o Tempo é a Memória que liga o passado assegurando a identidade histórica, sobre o registro, a fundação e a transmissão. O segundo Tempo é o Perdão que desliga o passado inovando o sentido. Ex. o juiz que se liberta de uma linhagem de precedentes ultrapassados. Já o terceiro e o quarto são do lado futuro. O Terceiro Tempo é a Promessa que liga ao futuro pelos compromissos normativos. O Quarto Tempo é o Requestionamento que desliga o futuro com objetivo de assegurar as revisões necessárias para que na hora da mudança as promessas sobrevivam (OST, 1999).

Já se analisarmos pelo ângulo temporal em Ost, há uma dimensão oculta. Que o direito como revelador do tempo faz surgir o tempo metamórfico, ou seja, tempo da alternância entre o avanço e o atraso, transforma-se sem renegar-se, como exemplo: o tempo institucional inventado pelos canonistas da Idade Média. E por segundo o tempo como revelador do direito que faz surgir o direito como um processo de ajustamento do comportamento

social, como exemplo: lugar da boa-fé, lealdade e confiança.

Portanto a análise temporal a partir da literatura permite identificar que, ao utilizar os conceitos referentes às categorias temporais e sociais do direito, Ost forma uma rede que nos oportuniza a reflexão e o reconhecimento da força humana nos processos de estabelecimento das normas jurídicas que nos servem como organizadoras da história, do presente, do futuro e dos limites legitimados e socialmente aceitos.

Nesse sentido, o sistema jurídico ao regularizar o direito de família, por irritações do ambiente, expectativas comportamentais, institucionalizou o reconhecimento das novas constituições familiares, paradoxalmente aumentou complexidade, pois as pessoas passam a exigir direitos e, para reduzir novamente, o sistema tem que se estruturar para tomar decisões. Desta forma, surge o aumento da complexidade social e da pressão sobre a dogmática do direito privado para que aceite a complexidade (TEUBNER, 2005). E com o rumo do processo de privatização, imaginam-se dois cenários distintos: fragmentação ou hibridização do direito privado. A sociologia distingue entre acoplamentos frouxos ou firmes entre os sistemas sociais. Na conjuntura atual posterior a privatização, o direito privado vai responder conforme se mostrem frouxos ou firmes os acoplamentos entre autonomias sociais e processos econômicos. De um lado, pode se fragmentar, como resposta a frouxidão dos acoplamentos entre sociedade e economia (com maior autonomia à sociedade); de outro, pode se hibridizar, respondendo a um acoplamento firme de tudo à economia. Em ambos os casos não é só do acoplamento frouxo que depende uma realidade fragmentada, mas também da capacidade do direito como tecnologia suportar as oportunidades estruturais de emancipação na contemporaneidade (TEUBNER, 2005).

Entretanto, a fragmentação que depende diretamente da força que os setores sociais independentes da economia e da política serão capazes de exercer na atualidade e nos anos subsequentes. A autonomia privada depende diretamente de um sistema social que revela-se na existência de um maquinário de produção normativa (mecanismos de consenso, organizações formais, padronização) desempenhando um papel de fonte independente do direito (TEUBNER, 2005). Basta analisar como exemplo a possibilidade dos setores sociais atingirem bom grau dessa autonomia, como ocorre, por exemplo, com o direito de família: a sociedade encurrala o Estado sobre as possibilidades de auto-organização, ganhando espaço para sua própria racionalidade no seu interior, fazendo com que o direito de família reaja quase exclusivamente à racionalidade da vida privada e sua criação normativa espontânea (TEUBNER, 2005).

Por outro lado, para Ost, utilizando da metáfora de Dworkin, que compara o trabalho dos juízes à escrita de um romance em série. Esta é, pois, a tese do livro: uma teoria do direito contado, que privilegia o espírito do direito, preocupa-se antes com a "coerência narrativa" do raciocínio e evidencia a importância da interpretação do texto e da natureza argumentativa das discussões jurídicas. Nesse sentido, a vocação do jurídico seria a de oferecer "modelos narrativos" ao juiz, que, ao confrontá-los com o relato construído a partir dos fatos da causa, decidiria,

estando menos preocupado com estruturas do que com a própria história (OST, 2004).

A partir desse estudo demonstra-se que o direito pode sim assumir como pressuposto o horizonte literário, propiciando a compreensão da realidade jurídica fazendo com que o direito de família reaja quase exclusivamente à racionalidade da vida privada e sua criação normativa espontânea, basta analisar as estruturas dogmáticas do direito de família que está em constante modificação para atender as atuais demandas sociais.

Observa-se que o legislador constituinte de 1988, ampliou a previsão da concepção de família, trazendo uma nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF); isonomia, ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos (artigo 5º, I da CF); a solidariedade social (artigo 3º, I da CF); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

Portanto o Sistema Jurídico, ao positivar aquilo que já era costume, aquilo que de fato já existia na sociedade, ampliando o conceito de família e protegendo, de forma igualitária, todos os seus membros, estruturou o sistema na medida da necessidade social, para produção de decisões que comunicam e reduzem a complexidade destas novas constituições familiares, percebe-se a importância da conexão entre o sistema social do direito e a literatura, tendo em vista que é um espaço de mútua irritação capaz de produzir novas respostas e novas operações para cada um dos referidos sistemas. Além disso, a sociedade tem evoluído e modificado seus princípios fundamentais, fato necessário para que ambas as ciências se aproximem e se adequem à realidade, garantindo nova forma de tratar processos jurídicos, com ajuda dos critérios literários, para a análise do Direito.

CONCLUSÃO

O sistema do direito possui uma programação que tradicionalmente adquire um formato condicional e formalista. Neste artigo, apontamos para o acoplamento que pode ser estimulado pela literatura entre o direito e a família. Nesse caso, abrindo para uma programação finalística, dirigida ao futuro e à inclusão. As promessas da constituição como salienta OST, podem enfrentar a angústia do Estado de exceção criticado por Sartre.

Nessa nova resignificação do texto jurídico, desde a narrativa de Sartre, como já comentamos, faz-se uma reflexão frente ao tema do limite final do ser, que é a morte, que sempre pode significar, o temor, a tristeza profunda. Sartre busca romper com o senso comum por meio da narrativa dos condenados, sem julgamento pelo direito, imersos em suas reflexões; angustiados e, quando na presença do futuro como nada social, transcendem a existência deixando o ente em sua totalidade “suspensão”. Sartre radicaliza o limite da liberdade.

Porém, com o estudo exposto, observa-se que pensar o sistema do direito assumindo como pressuposto

fenomenológico, o horizonte literário, propicia a construção jurídica aportada sob um aspecto ficcional que instiga a crítica, como imaginação, e uma observação de segunda ordem, como um olhar, autorreferente, sobre si mesma, enquanto realidade carente de completude, uma vez que as decisões extrapolam o lado operacional dogmático, em observância as expectativas comportamentais que o imaginário coletivo anseia (OST, 2004). Nesse sentido, OST faz a análise do direito a partir da literatura que permite identificar os conceitos referentes às suas categorias temporais e sociais. Assim o sistema do direito estrutura uma rede que nos oportuniza a reflexão organizadora da história, do presente, do futuro e dos limites legitimados e socialmente aceitos (1999). Contudo, somente com o ponto de vista do observador, que vincula o olhar, para que não se recaia num universo do improvável, a seleção de possibilidades praticada pelas decisões dos subsistemas sociais, aparece como um mecanismo reflexivo auto criativo.

A literatura é a diferença entre a percepção e a comunicação. A informação do texto literário visa à percepção e compreensão da comunicação. A comunicação se dirige ao entrelaçamento da unidade da diferença entre esse mesmo texto e a percepção. Daí, que o texto se apresenta como o ponto de partida para se pensar no não escrito, não se constituindo, jamais, em razão em si mesmo (DE GIORGI, 1998). Neste sentido, o texto para Luhmann permite uma suplência de sentido em sua argumentação literária (LUHMANN, 2002).

Em suma, este texto acentua a importância da conexão entre o direito e a literatura, reforçando a sua autopoiese, permitindo uma abertura cognitiva criativa. Portanto, trata-se de uma observação transdisciplinar do Direito e da Sociedade, exemplarmente, colocada por Sartre.

THE LITERARY HORIZON'S RIGHT TO ASSUMPTION: A NEW UNDERSTANDING OF JURIDICAL REALITY

Abstract

In this article, we intend to develop a reflection on the importance of literature in family law from Sartre's narratives and systems theory. The method of research is systemic theoretical that is given by the sociological approach, both conceptual and empirical of legal systems. The goal has always been to seek the systemic connection between social communication, law and literature, observing networks that generate family relationships, which are emotional and therefore extremely complex and re-signified. The research shows how resulting that meaning can not be restricted analytically to raw legislation, but cognitively open to the pragmatic decision making of the phatic contexts, before the institution of the collective imaginary. The final considerations point to the possibility, through the literature, that social sectors perceive political, philosophical and even autonomous situations, never experienced. Thus the social system forces the State to include affectivity as a source of normativity, inspired by Sartre's literature, before the Wall of behavioral expectations, institutionalizing, for example, the recognition of the new family constitutions is modified according to the current reality.

Keywords: Social autonomy; Family right; literature; systems theory; Symbolic violence.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADIOU, A. **A aventura da filosofia francesa no século XX**. Belo Horizonte: Autêntica. Editora, 2015. Tradução: Antônio Teixeira, Gilson Iannini.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. **O senso prático**. Tradução Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2009.

DE GIORGI, Rafaelle. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Safe, 1998.

GARCIA, Amado Jean Antônio. **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

GILES, T. R. **História do Existencialismo e da Fenomenologia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

LUHMANN, Niklas. **O amor como paixão para a codificação da intimidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

_____. **El derecho de la Sociedad**. México: Ibero americana, 2002.

_____. **Risk: a sociological theory**. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

_____. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1991.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MISRAHI, Robert. **La joie d'amour pour une érotique du Bonheur**. Paris: Autrement, 2014.

MERCER, KOBENA. "Welcome to the jungle". In: RUTHERFORD, J. (org.). **Identity**. London: Lawrence and Wishart, 1990.

OST, François. **Reconter la Loi. Aux Sources de l'imaginaire juridique**. Paris: Odile Jacob, 2004.

_____. **Le Temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999.

_____. **Shakespeare. La Comédie de la Loi**. Paris: Michalon, 2012.

PESSANHA, J. A. M. **Vida e Obra**. In: SARTRE, Jean-Paul. O Existencialismo é um Humanismo; A imaginação; Questão de Método. São Paulo: Abril Cultura, 1984.

KORFMANN, Michael. **A literatura moderna como observação de segunda ordem. Uma introdução ao pensamento sistêmico de Niklas Luhmann**. Revista de Estudos Germânicos, São Paulo: USP, v. 6, p. 47-66,

2003.

ROCHA, Leonel Severo, Schwartz, Germano, Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

ROCHA, Leonel Severo **et all.** **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; KING, M.; SCHWARTZ, G. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Julia F.N.O; OLIVEIRA, Bianca N. de. **Afetividade no Direito de Família**. Curitiba:Juruá, 2018.

SARTRE, J.-P. **O Existencialismo é um Humanismo**; A imaginação; Questão de Método. São Paulo: Abril Cultura, 1984. (Os Pensadores). Seleção de textos: José Américo Motta Pessanha; traduções de: Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Fortes, Bento Prado Junior.

_____. **O Muro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S. A., 1966. Tradução: H. Alcântara Silveira.

_____. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução: Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril S.A., 1973.

_____. **L'être et le Néant – Essai d'Ontologie Phénoménologique**, França: Editora Vozes, 2005.

SASS, S. D. **A Linguagem Sartreana**. In: CARNEIRO, Marcelo Carbone; GENTIL, Hélio Salles. **Filosofia Francesa Contemporânea**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

TEUBNER, Guinter. **O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Günther. **Após a privatização: conflitos de discursos no direito privado constante da obra Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

POSNER, Richard A. **Law and Literature**. Cambridge: Harvard, 1986.

WARAT, Luis Alberto; colaboração de ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

Trabalho enviado em 12 de dezembro de 2017.

Aceito em 14 de março de 2018.